

<Research Note> Die Regelung der  
Parteihandlungen in der Beweissammlung und  
Beweisführung: Über die Sachaufklärungspflicht  
der Parteien im Zivilprozess

著者 (英)	Ichiro KASUGA
journal or publication title	Tsukuba Review of Law and Political Science
volume	9
page range	307-328
year	1986-03
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00155719">http://hdl.handle.net/2241/00155719</a>

# DIE REGELUNG DER PARTEIHAND- LUNGEN IN DER BEWEISSAMMLUNG UND BEWEISFÜHRUNG\*

—Über die Sachaufklärungspflicht  
der Parteien im Zivilprozeß—

*Ichiro Kasuga\*\**

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
  - (a) Problematik
  - (b) Aufgabenstellung
2. Der gegenwärtige Zustand
  - (a) Die Entscheidungen
  - (b) Die Situation der Lehre
  - (c) Einfluß der Lehre *Stürners* auf japanische Zivilprozeßlehre
3. Die Lehren von der Aufklärungs„last“ und von der Aufklärungs„pflicht“
  - (a) Unterscheidung zwischen Aufklärungs„last“ und Aufklärungs„pflicht“
  - (b) Vergleich beider Lehren
4. Einige Bemerkungen über die Voraussetzungen der Aufklärungspflicht
  - (a) Kritische Betrachtung beider Lehren
  - (b) Einige Bemerkungen über die Voraussetzungen

---

\* Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag, den ich am 17. 5. 1981 auf der 51. Tagung der Japanischen Zivilprozeßlehrevereinigung in Tokyo (Waseda Universität) gehalten habe. Der Vortrag ist unter gleichem Titel in der japanischen Zeitschrift für Zivilprozeß (Minji-Soshō-Zasshi) Bd. 28 (1982), 60 ff. veröffentlicht worden. Der Aufsatz wird auch nach den danach veröffentlichten Literaturen angefertigt.

\*\* außerordentlicher Professor (Jokyōju) des Zivilverfahrensrechts.

5. Die Wirkung der Aufklärungspflicht, insbesondere „Vorwirkung“ der Prozeßpflicht
6. Über die Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht
  - (a) Die Abgrenzung der ungünstigen Fiktion gegen die Beweislastumkehr
  - (b) Einige Bemerkungen über die Folge der Aufklärungspflichtverletzung
7. Die Möglichkeit der Einführung der Aufklärungspflicht im japanischen Zivilprozeß
  - (a) Analyse des gegenwärtigen japanischen Zustandes
  - (b) Einige Bemerkungen über die Aufklärungspflicht
  - (c) Schlußbemerkung

## 1. Einleitung

### (a) Problematik

Der japanische Zivilprozeß, wie der deutsche Zivilprozeß, wird von der Verhandlungsmaxime beherrscht, nach der die Prozeßparteien die Tatsachen und Beweismittel im Prozeß vortragen. Erst das Vorbringen beider Parteien kann zu einem konkreten und vollständigen Sachverhalt für das Gericht führen. Nach der herrschenden Meinung bestimmt sich die Verteilung der Behauptungs- und Beweisführungslast in aller Regel nach der Beweislast. Jede Partei hat die Behauptungs- und Beweislast für die Tatsachen zu tragen, aus denen sie für sie günstige Rechtsfolgen ableiten will<sup>1)</sup>. Der Zivilprozeß motiviert so die Parteien zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung durch das Risiko des Prozeßverlustes, das sich aus der Nichtaufklärung des Sachverhalts ergibt.

Jedem Prozeß liegt eine solche Risikoverteilung zugrunde. Die Verteilung dieses Risikos richtet sich letztlich nach dem Regel-Ausnahmeprinzip, das allein durch Auslegung des materiellen Rechts gefunden werden kann<sup>2)</sup>, nicht danach, welche Partei den Sachverhalt leichter aufklären kann. Es gibt also eine Diskrepanz zwischen der Nähe zur prozessualen Aufklärungsmöglichkeit und der Nähe zur materiellen Rechtsfolge selbst, die über die Beweisrisikoverteilung bestimmt<sup>3)</sup>. Dadurch kann es sich ergeben, daß die beweisbelastete Partei weniger Aufklärungschancen als die Gegenpartei hat, etwa weil sich die streitigen Sachverhalte im Bereich der Gegenpartei ereignet haben.

Um diese Situation und damit die Beweislosigkeit zu vermeiden, handelt es sich darum, die nicht beweisbelastete Partei in hohem

Maß zur Sachverhaltsaufklärung heranzuziehen. Insbesondere *Stürner*<sup>4)</sup> hat diesen Gedanken zu einer umfassenden prozessualen Sachaufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses entwickelt.

#### (b) Aufgabenstellung

So ergibt sich für die vorliegende Untersuchung die Aufgabe, die Notwendigkeit und Möglichkeit der Einführung einer Sachaufklärungspflicht der Parteien im japanischen Zivilprozeß zu erforschen.

Dafür möchte ich im folgenden zunächst den japanischen gegenwärtigen Zustand um die Mitwirkungspflicht der Parteien zur Sachaufklärung skizzieren. Sodann soll die Qualifizierung (od. Rechtsnatur) der Mitwirkungshandlungen der Parteien (Aufklärungs„last“ od. Aufklärungs„pflicht“?) versucht werden. Anschließend möchte ich auf die Fragen der Voraussetzungen und Wirkungen der Aufklärungspflicht und die Folge der Verletzung dieser Pflicht eingehen. Zum Schluß schließt sich die Suche nach der Möglichkeit der Einführung der Sachaufklärungspflicht in den japanischen Zivilprozeß an.

## 2. Der gegenwärtige Zustand

#### (a) Die Entscheidungen

Folgende Beispiele aus der japanischen Rechtsprechung sollen die Problematik verdeutlichen.

##### (1) OLG Tokyo, Urt. v. 18. 10. 1979<sup>5)</sup>

Bei einem Düsenjägerabsturz ist der Pilot der japanischen Wehrmacht gestorben. Im Schadensersatzprozeß gegen den Staat Japan (Verteidigungsministerium) behauptete der Kläger (Hinterbliebene des Pilots), Ursache dieses Absturzes sei mangelhafte Instandsetzung gewesen. Um diese Behauptung zu beweisen, stellte der Kläger, der keine Aufklärungsmittel hatte, den Antrag auf Vorlegung des Berichts über die Untersuchung des Absturzes (§ 312 JZPO). Aber der Beklagte hatte entgegen seiner Verpflichtung die Vorlegung dieses Berichts verweigert.

Das OLG Tokyo hat es aufgrund dessen gemäß § 316 JZPO als bewiesen angesehen, daß der Absturz des Düsenjägers durch mangelhafte Instandsetzung verursacht worden war.

##### (2) OLG Fukuoka, Beschl. v. 13. 7. 1977<sup>6)</sup>

In diesem Fall benutzte die nicht beweisbelastete Partei die Vorlegungspflicht der Urkunden zum Zweck des Gegenbeweises.

Der Hersteller des Medikamentes Chinoform wurde von den Klägern wegen gesundheitsschädlicher Spätfolgen seines Medikamentes in Anspruch genom-

men. Um die Behauptung der Kläger zu bestreiten, sie seien nach Einnahme des Medikamentes Chinoform erkrankt, stellte der beklagte Hersteller den Antrag auf Vorlegung der Krankenkarteien, die ein Krankenhaus für die Kläger erstellt hatte. Das OLG Fukuoka hob den erstinstanzlichen Beschluß, durch den der vorgenannte Antrag zurückgewiesen worden war, auf und verwies die Sache an das erstinstanzliche Gericht zurück.

Zur Begründung führte es aus, daß eine „Urkunde zugunsten des Beweisführers“ im Sinne des § 312 Nr. 3, 1. Hbs. JZPO schon dann gegeben sei, wenn sie in Bezug auf die Sachaufklärung im konkreten Fall auch nur den geringsten Beitrag zur Klarstellung der Rechtsposition, der Rechte oder der Befugnisse des Beweisführers liefern könne. Urkunden in diesem Sinne seien nicht nur solche, die direkt im Interesse des Beweisführers erstellt worden seien, sondern auch solche, die lediglich indirekt dem prozessualen Interesse des Beweisführers dienen würden.

(3) LG Tokyo, Beschl. v. 18. 3. 1972<sup>7)</sup>

Die Kläger begehren Schadensersatz wegen des Todes ihrer Ehefrau bzw. Mutter, die als Schwangere in dem beklagte Krankenhaus wegen starker Blutungen verstorben ist. Im Rahmen der vorprozessualen Beweissicherung beantragten die Kläger zur Aufklärung des Sachverhaltes die Vorlegung der ärztlichen Dokumente. Im stattgebenden Beschluß führte das LG Tokyo zur Begründung folgendes aus. Daß eine Pflicht des Arztes zu angemessener Dokumentation besteht, ist in der japanischen ärztlichen Berufsordnung (§ 24) anerkannt. Also im Schadensersatzprozeß wegen ärztliches Kunstfehler wurde die ärztliche Dokumentation mit Bezug auf ein Rechtsverhältnis zwischen dem Beweisführer und dem Besitzer der Urkunde erstellt (§ 312 Nr. 3 JZPO).

Übrigens kann man die Beweisvereitelungsfälle (z.B. LG Niigata, Urt. v. 29. 9. 1976, Kakyusaibancho Minjisaibanreishu, Bd. 22, H. 9-10) und viele Entscheidungen über die Urkundenvorlegungspflicht aus den veröffentlichten Sammlungen zivilrechtlicher Entscheidungen angeben.

(b) Die Situation der Lehre

Angesicht der oben genannten Sachlage, wo dem beweisführer der Zugang zum Beweismittel nicht möglich ist, muß die Waffengleichheit auf irgendeinem Wege sichergestellt werden. Da wir in Japan sowohl ein „discovery“ system wie im englisch-amerikanischen Zivilprozeß als auch die materiellrechtlichen Informationsansprüche wie in Deutschland nicht kennen<sup>8)</sup>, hofft man, mit der Urkundenvorlegungspflicht oder der vorprozessualen Beweissicherung die Waffengleichheit beider Parteien herstellen zu können.

Jedoch regelt die japanische Zivilprozeßordnung die Vorlegungspflicht wie die deutsche Zivilprozeßordnung, nach der der Umfang

der Urkundenvorlegungspflicht beschränkt ist<sup>9)</sup>. Auch die japanische Lehre verneint bis heute noch eine allgemeine Urkundenvorlegungspflicht<sup>10)</sup>. Jedoch darf nicht übersehen werden, daß man sich gegenwärtig angesichts der zunehmenden Bedeutung<sup>11)</sup> der Urkunden im Prozeß lebhaft darum bemüht, die Urkundenvorlegungspflicht im Wege der Auslegung zu erweitern<sup>12)</sup> oder die Urkundenvorlegungspflicht als allgemeine Pflicht zu konstruieren<sup>13)</sup>. Darüberhinaus verstärkt sich der Ruf nach einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht immer mehr<sup>14)</sup>.

(c) Einfluß der Lehre *Stürners* auf japanische Zivilprozeßlehre

Zur Vermeidung der Beweislosigkeit hat Stürner<sup>15)</sup> sich mit der Frage nach der Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei beschäftigt. Er hat die Ansicht geäußert, jede Partei sei verpflichtet, bei der Aufklärung rechtserheblicher und begründeter Behauptungen der beweisbelasteten Partei mitzuwirken. Er hat diesen Gedanken zu einer umfassenden prozessualen Aufklärungspflicht analog §§ 138, 372a, 423, 448, 656 ZPO entwickelt.

Diese Lehre hat einen sehr starken Einfluß auf die japanische Zivilprozeßlehre, weil auch in Japan die Überwindung des *non liquet* in Frage steht und die Diskussion um die mit der Beweisführungslast und Beweisvereitelung zusammenhängenden Fragen fortgesetzt worden ist<sup>16)</sup>. Die herrschende Meinung in Japan steht der Lehre von der allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht ablehnend gegenüber<sup>17)</sup>. In der Literatur dagegen hat die Konzeption der prozessualen Aufklärungspflicht manche grundsätzliche Zustimmung erfahren<sup>18)</sup>, denn die Beweislast setzt nicht die Beweismöglichkeit der beweisbelasteten Partei voraus. Die Prozeßlehre sucht daher nach einer prozeßrechtlichen Korrektur der Verteilung der Beweislast und Beweiswürdigung insbesondere im Falle der Beweisvereitelung. In der öffentlichen Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen sind nur wenige zu finden, die sich der Lehre von der Aufklärungspflicht nähern.

Im folgenden soll der Grundgedanke der Sachaufklärungspflicht unter Berufung auf die deutschen Lehren dargestellt werden.

### 3. Die Lehren von der Aufklärungs„last“ und von der Aufklärungs„pflicht“

- (a) Unterscheidung zwischen Aufklärungs„last“ und Aufklärungs„pflicht“

Im Hinblick auf die Sachverhaltsaufklärung durch die nicht beweisbelastete Partei muß zwischen zwei von einander völlig verschiedener Betrachtungsweisen unterschieden werden, erstens der traditionellen Theorie von der Aufklärungs„last“ und zweitens der von Stürner entwickelten Theorie der Aufklärungs„pflicht“<sup>19)</sup>.

- (1) Die Lehre von der Aufklärungs„last“

Die Rechtsprechung würdigt im japanischen wie im deutschen Zivilprozeß, die verweigerte Aufklärung zum Nachteil der Partei, von der Aufklärung erwartet wurde.<sup>20)</sup> Die herrschende Meinung stimmt dieser Beurteilung vollkommen zu. Eine ungünstige Wertung der verweigten Aufklärung im Rahmen des § 185 JZPO (§ 286 I ZPO) geht von dem Erfahrungssatz aus, daß nur die Partei eine Aufklärung verweigert, die ihr Ergebnis fürchten muß. Musielak<sup>21)</sup> hat betont, „Unterläßt sie es ohne Angabe überzeugender Gründe, Beweise zu erbringen, obwohl sie allein über Möglichkeit verfügt, den streitigen Sachverhalt durch ihre Beweise aufzuklären, dann muß nach der Lebenserfahrung angenommen werden, daß ihre Sachdarstellung nicht zutrifft“. Daher „kann“ das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung aus dem aufklärungsfeindlichen Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei Schlüsse auf die Wahrheit des gegnerischen Vorbringens ziehen<sup>22)</sup>.

- (2) Die Lehre von der Aufklärungs„pflicht“

Theoretisch trennt Stürner die Aufklärungs„pflicht“ streng von der Risikoverteilung durch die objektive Beweislast. Die Einordnung als Pflicht, stellt nach Stürner<sup>23)</sup> klar, daß Prozeßnachteile als Sanktion nur drohen dürfen, wenn mögliche und zumutbare Aufklärungsbeiträge verweigert werden.

Aufgrund einer anhand der Verfassung vorgenommenen Wertung hat er die Ausweitung prozessualer Aufklärungspflicht im Wege der Analogie versucht. Er hat nämlich aus den gesetzlichen Vorschriften eine umfassende prozessuale Aufklärungspflicht analog §§ 138 I, II, 372a, 423, 445ff., 654ff. abgeleitet. Dabei soll die Aufklärungspflicht

alle möglichen und zumutbaren Aufklärungsbeiträge der nicht beweisbelasteten Partei umfassen. Durch die Annahme einer solchen generellen Aufklärungspflicht wird die Mitwirkung zur Regel, die sanktionslose Verweigerung der Aufklärung hingegen zur Ausnahme<sup>24)</sup>.

Voraussetzung der Aufklärungspflicht ist eine plausible Rechtsbehauptung der risikobelasteten Partei<sup>25)</sup>. Die Verletzung dieser Pflicht wird durch eine der feststellungsbelasteten Partei günstige Fiktion sanktioniert, die nur durch einen Gegenteilbeweis widerlegt werden kann<sup>26)</sup>.

### (3) Japanische Lehre

Wie schon erwähnt, gibt es in Japan zwar einige Entscheidungen, die die Urkundenvorlegungspflicht im Wege der Auslegung extensiv erweitern sowie eine Entscheidung, die bei Nichtvorlegung der Urkunden als Sanktion eine Beweislastumkehr anerkennt. Jedoch finden sich in der Begründung nur wenige Hinweise darauf, warum das Gericht von der bisherigen Rechtsprechung und Lehre abgewichen ist.

Nur *Takeshita*<sup>27)</sup> begründet dies wie folgt:

Bei der zur Zeit problematischen Rechtsstreitigkeit (OLG Tokyo), handele es sich um einen besonderen Fall, weil der vorzulegende Bericht der (einzige) wichtigste Beweis für den Ursachenzusammenhang sei. Allerdings greift Takeshita zur Begründung nicht auf § 316 JZPO, sondern auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurück. Denn hier—so die Lehre—hatte der beklagte Staat Japan seine Pflicht, die Beweisführung des Gegners zu unterstützen, ignoriert, um auf diese Weise die sich daraus ergebende günstige Situation, daß dem Gegner die Beweisführung über die Ursache nicht mehr möglich war, auszunutzen. Dies müsse ohne weiters als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bewertet werden.

### (b) Vergleich beider Lehren

(1) Die Lehre von der Aufklärungs„last“ ist in Betreff folgender Punkten fragwürdig:

Diese Lehre geht von dem Erfahrungssatz aus, daß die Gegenpartei durch die Hintertreibung der Beweisaufnahme zu erkennen gegeben habe, daß sie ihr Ergebnis fürchte. Aber nicht nur vor dem Prozeß, sondern auch im Prozeß, weiß die Partei, welche die Aufklärung verweigert, nicht, wie eine solche Aufklärung für sie enden würde<sup>28)</sup>.



Das räumt auch Musielak ein<sup>29)</sup>. Doch sieht er den Vorteil der freien Beweis- und Verhandlungswürdigung darin, daß dabei das Prinzip von True und Glauben, das auch bei der Beweiswürdigung und insbesondere in den Fällen der Beweisvereitelung zu beachten ist, als Maßstab für die Beurteilung des Parteiverhaltens heranzuziehen ist<sup>30)</sup>. Im Ergebnis ist auch Takeshita Musielaks Ansicht<sup>31)</sup>.

Wenn ich recht sehe, können Musielaks Ausführungen jedoch die Generalklausel von Treu und Glauben nicht durch Bildung von Fallgruppen konkretisieren. Mir geht es darum, einer solchen generalklauselartigen Behandlung der Beweisvereitelung zu widersprechen, denn solch eine Generalklausel ist ein „zweischneidiges Schwert“, sie birgt in sich die Gefahr des richterlichen Mißbrauchs<sup>32)</sup>.

Der ungünstige Schluß von der verweigerten Aufklärung auf den zu klärenden Sachverhalt ist nur möglich, wenn die Verweigerung nicht erlaubt und vorher die Aufklärung als Pflicht geboten ist. Nur wo die Prozeßparteien die Nachteile der Passivität voraussehen können, ist die Aufklärung geboten<sup>33)</sup>. Die Berufung auf § 286 I ZPO (§ 185 JZPO) verdeckt, was die Parteien zu tun haben.

(2) Aber auch an der Lehre von der Aufklärungs„pflicht“ gibt es folgende Zweifel:

Die widerlegbare Fiktion als Folge des schuldhaften Unterlassens der Aufklärung ist im Ergebnis mit einer Beweislastumkehr identisch<sup>34)</sup>. Diese Sanktion ist so stark wie die Folge der Fiktion des Zugeständnisses (§ 138 III ZPO). Diese Folge ist starr und elastizitätsfremd. Es fehlt der Beweisvereitelung an der Typizität und die Vielfalt möglicher Tatbestände einer Beweisvereitelung ist für jede schematisierte Regelung ungeeignet. In diesem Punkt gibt die freie Beweis- und Verhandlungswürdigung die Möglichkeit, Nuancen und Besonderheiten verschiedenartiger schuldhafter Aufklärungsverweigerungen zu berücksichtigen und darauf angemessen und flexibel zu reagieren. Der freien Beweiswürdigung ist auch die Möglichkeit unbenommen, selbst in solchen Fällen die ungünstige Fiktion zu unterstellen, in denen vorher keine Aufklärungspflicht bestanden hat<sup>35)</sup>.

#### 4. Einige Bemerkungen über die Voraussetzungen der Aufklärungspflicht

##### (a) Kritische Betrachtung beider Lehren

Bei dem Vergleich beider Lehren sind folgende Punkte zu beachten.

Nach der Lehre von der Aufklärungslast ist es theoretisch nicht möglich, durch Analogie eine umfassende allgemeine Aufklärungspflicht zu konstruieren, weil die im Gesetz geregelten Fälle einer Aufklärungspflicht der Prozeßparteien (§§ 138 I, II, 372a, 423, 445ff., 654ff.) Ausschließlichkeitscharakter haben. Die Voraussetzungen der Aufklärungslast müssen daher durch Typisierung von Einzelfällen herausgearbeitet werden. Jede Typisierung birkt in sich jedoch die Schwäche, auf neue anders gelagerte Fälle der Beweisvereitelung nicht angemessen reagieren zu können. Tatsächlich sind bis jetzt die Voraussetzungen der Aufklärungslast nicht klar herausgearbeitet worden<sup>36)</sup>.

Dagegen steht nach der Lehre von der Aufklärungspflicht, die Aufklärungspflicht im allgemeinen schon vor dem Prozeß fest. Die Prozeßparteien sind sich der Mitwirkungspflicht bei der Sachaufklärung stark bewußt. Dies trägt letztlich zur Prozeßbeschleunigung bei. Andererseits ergeben sich Probleme, wenn die Voraussetzungen der Aufklärungspflicht für die pflichtige Partei unverständlich sind. Dann kann sich die Situation ergeben, daß eine Partei unbewußt diese Pflicht verletzt und die einer Beweislastumkehr gleichkommende Folge zu tragen hat<sup>37)</sup>. Die Aufklärungspflicht läßt sich nach Stürner in zwei Erscheinungsformen trennen, d.i. „die Sorgfaltspflicht bei der Sicherung des Beweismittels“ und „die Sorgfaltspflicht bei der Einschätzung des (Beweis-) Sicherheitsbedürfnisses“<sup>38)</sup>. Insbesondere bei letzterer ist es unbillig, ohne konkrete Voraussehbarkeit des Sicherheitsbedürfnisses der nicht beweisbelasteten Partei wider Erwarten Sanktionen aufzuerlegen. Überdies besteht die Gefahr, daß die beweisbelastete Partei Behauptungen ins Blaue hinein aufstellt oder sogar liegt, um einen für sie günstigen Prozeßverlauf zu erreichen (Mißbrauch der Aufklärungspflicht<sup>39)</sup>).

##### (b) Einige Bemerkungen über die Voraussetzungen

Um dieser Gefahr zu begegnen, ist es unentbehrlich, die Voraussetzungen der Aufklärungspflicht herauszuarbeiten und diese genau zu bestimmen. Um mißbräuchliche Behauptungen zu vermeiden,

müssen nach Stürner nur plausible Anhaltspunkte für den Vortrag der beweisbelasteten Partei vorliegen. Aber es ist schwer, allein durch diese Voraussetzung die nicht substantiierte Behauptungen zu vermeiden. Die Lehre von der Aufklärungspflicht braucht weitere Voraussetzungen. Plausible Anhaltspunkte für den Vortrag sind als Richtlinien für die Aufklärungspflicht der Gegenpartei unzureichend<sup>40)</sup>. Die prozessuale Aufklärungspflicht setzt folgende vier Punkte voraus<sup>41)</sup>:

1. Der Aufklärungsersuchende muß die Anhaltspunkte für die Vermutung seiner Behauptung vorbringen (vgl. F.R. Civ. P. 34, 35 vor Reform 1970 („good cause“)).
2. Er muß außerhalb der Tatumstände stehen, die eine nähere Darlegung seiner Behauptung gestatten, und daher außerstande sein, den Sachverhalt aufzuklären.
3. Sein Unkenntnis über den streitigen Sachverhalt darf nicht vorwerfbar sein.
4. Die Gegenpartei kann die Sachverhältnisse unschwer aufklären, und die Aufklärung ist auch nötig und zumutbar.

Der Aufklärungsersuchende hat natürlich die Tatbestandsmerkmale dieser Voraussetzungen zu beweisen im Streitfall.

## **5. Die Wirkung der Aufklärungspflicht, insbesondere „Vorwirkung“ der Prozeßpflicht**

Die Aufklärungspflicht Stürners entfaltet ihre Wirkungen nicht nur in der Behauptungs- und Beweisführungslast, sondern auch schon vor dem Prozeß<sup>42)</sup>. Gegen diesen Gedanken werden Zweifel gehegt. Vor dem Zustandekommen des Prozeßrechtsverhältnisses gäbe es keine Pflichten der Parteien. Die Basis für die vorprozessuale Aufklärungspflicht läge nur im materiellen Recht<sup>43)</sup>. Arens<sup>44)</sup> schreibt, „Die Beschränkung dieser Pflicht auf das materielle Recht hat den Vorzug, daß man dabei besser auf die Besonderheiten der gerade zwischen diesen Parteien unabhängig vom Prozeß bestehenden Rechtsbeziehung abstellen kann als nach der von Stürner befürworteten sog. prozessualen Einheitslösung..... Deshalb geht der richtige Weg zur Lösung der Informationsprobleme über das materielle, nicht aber über das Prozeßrecht“. Aber im Gegenzug antwortet Stürner<sup>45)</sup>, „Arens berücksichtigt zu wenig, daß die Lehre von der Aufklärungspflicht nicht allein den Bereich der Erklärungs- bzw. Darlegungspflicht erfaßt, vielmehr den gesamten Bereich der Beweisvereitelung“.

Als Grund gibt er die Rechtsprechung an, die eine erweiterte Darlegungspflicht annimmt.

Wie oben gesehen (OLG Tokyo, Urt. v. 18. 10. 1979) gibt es auch in der japanischen Rechtsprechung Fälle, in denen eine solche Darlegungspflicht angenommen wird. Darüberhinaus darf nicht übersehen werden, daß das japanische BGB Auskunftspflichten der nicht darlegungsbelasteten Parteien nicht regelt, die vorprozessualen Aufklärungspflichten sich also aus dem materiellen Recht nicht entnehmen lassen (Einzige Ausnahme ist § 645 JBGB). Die Entscheidungen, die die Mitwirkungspflicht bei der Sachaufklärung des Gegners anerkannten, mußten die Gründe daher dem Prozeßrecht entnehmen.

In Betreff dieses Punktes betont *Schumann*<sup>46)</sup>, daß es bei der „Vorwirkung“ der Aufklärungspflicht nicht um eine prozessuale Pflicht geht, sondern, daß es sich um eine materiellrechtliche handelt, die völlig unabhängig von einem Prozeßrechtsverhältnis besteht.

Zwar kann das Prozeßrecht die Pflicht nur innerhalb des Prozeßrechtsverhältnisses regeln, wenn die Parteien den Prozeß jedoch voraussehen können und die Voraussehbarkeit zumutbar ist, soll die prozessuale Pflicht selbst vor dem Prozeß entstehen, soweit Prozeßrecht zur Durchsetzung materieller Ansprüchen dienen sollte und eine eigene prozessuale Pflichtenordnung für die Parteien nicht im Widerspruch zum materiellen Recht steht. Das Prozeßrecht selbst erkennt diese vorprozessuale Verpflichtung bei der Beweissicherung an. Sonst würde die Geltendmachung materiellen Rechts vor dem Gebiet des Prozeßrechts haltmachen und selbst die Gelegenheit der Klagerhebung wäre sehr beschränkt.

Auch vor dem Prozeß kann also das Prozeßrecht eine Pflicht für die möglichen Parteien regeln. Aber man kann diese vorprozessuale Pflicht nicht für eine generelle halten. Vielmehr ergibt sich diese Pflicht ausnahmsweise vor dem Prozeßrechtsverhältnis.

Die Aufklärungspflicht ist demnach zu trennen in eine solche „vor“ und eine „im“ Prozeß. Dabei ist die Aufklärungspflicht „im Prozeß“ die allgemeine od. umfassende, während die Aufklärungspflicht „vor dem Prozeß“ oder die Vorwirkung dieser Pflicht die besondere und einzelne ist. Die Vorwirkung der Pflicht darf nicht überdehnt werden. Vorhersehbarkeit des Prozesses und Zumutbarkeit der Vorhersehbarkeit sind ihre Voraussetzungen. Ohne diese Voraussetzungen ergibt sich keine vorprozessuale Aufklärungspflicht.

Im Ergebnis muß also die vorprozessuale Pflicht, wie Stürner sie vertritt, durch die oben bestimmten Voraussetzungen begrenzt werden.

## 6. Über die Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht

### (a) Die Abgrenzung der ungünstigen Fiktion gegen die Beweislastumkehr

Die Folge (Sanktion) der Verletzung der Aufklärungspflicht ist die der beweisbelastete Partei günstige Fiktion, die durch einen Gegenteilbeweis widerlegt werden kann. Nach der deutschen Lehre ist diese Sanktion zumindest im Ergebnis mit einer Beweislastumkehr identisch<sup>47)</sup>.

Aber theoretisch sollte der Unterschied zwischen „widerlegbarer Fiktion der streitigen Tatsache“ und „Beweislastumkehr“ klargestellt werden. Im folgenden soll dies nach Stürner<sup>48)</sup> untersucht werden<sup>49)</sup>.

Erstens: Die Aufklärungspflicht setzt die Zumutbarkeit der Aufklärung im konkreten Fall voraus. Die Folge der Aufklärungspflichtverletzung entfaltet sich also nur bei „vorwerfbarer“<sup>50)</sup> aufklärungsfeindlicher Passivität. Dagegen ist die Frage der Zumutbarkeit bei der Beweislastumkehr (Beweisrisiko) belanglos. Die Beweislast wird ohne Rücksicht auf die Beweismöglichkeit der Partei abstrakt geregelt. Die Beweislastumkehr setzt also keine „Vorwerfbarkeit“ der Parteihandlung voraus. Umgekehrt entsteht die ungünstige Fiktion aufgrund einzelner Interessenabwägung über die aufklärungsfeindliche Handlung.

Zweitens: Bei der Beweislastumkehr trägt die Prozeßpartei keinerlei Beweislast für Indizien. Die Beweislast erstreckt sich nur auf „unmittelbar erhebliche Tatsachen“ und nicht auf Indizien<sup>51)</sup>, denn Zweck der Beweislast ist, trotz Beweislosigkeit die Rechtsfrage positiv oder negativ zu entscheiden, daher bezieht sich die Beweislast nur auf Tatsachen, die den Tatbestand der anzuwendenden Rechtsnormen ausfüllen.

Die widerlegbare Fiktion als Sanktion dagegen erstreckt sich nicht nur auf unmittelbar erhebliche Tatsachen, sondern auch auf „Indizien“, soweit sie Gegenstand des Beweises sind. Deshalb reicht die Sanktion der Aufklärungspflichtverletzung weiter als die Beweislastumkehr.

Darüberhinaus erstreckt sich die Folge der ungünstigen Fiktion auch auf das Gebiet der Behauptungslast (z.B. wenn die nicht beweisbelastete Partei ihre eigene Leugnung nicht substantiiert), d.h. die Tragweite dieser Sanktion ist weiter als die der Beweislastumkehr. Noch dazu ist die Folge der ungünstigen Fiktion elastisch

und ausnahmsweise kann auch durch überwiegende Wahrscheinlichkeit das Gegenteil bewiesen werden<sup>52)</sup>.

Im Ergebnis ist die Folge der ungünstigen Fiktion sehr umfangreich und stark für die nicht beweisbelastete Partei. Aber bei der Beurteilung, ob diese Partei diese Sanktion zu tragen hat oder nicht, hat der Richter auf die Vorwerfbarkeit der Aufklärungsverweigerung Rücksicht zu nehmen. Diese Beurteilung ist also elastisch.

(b) Einige Bemerkungen über die Folge der Aufklärungspflichtverletzung

Nach Stürner dürfen Prozeßnachteile als Sanktion der Pflichtverletzung nur drohen, wenn mögliche und zumutbare Aufklärungsbeiträge verweigert werden. Prozeßnachteile aus der Aufklärungspflichtverletzung setzen also „Vorwerfbarkeit“ der Verletzung voraus. Diese muß im einzelnen vom Gericht festgestellt werden<sup>53)</sup>. Um die Pflichtverletzung festzustellen, bedarf es der Beweisaufnahme. Arens<sup>54)</sup> wendet dagegen ein, diese Beweisaufnahme sei umständlich und ein innerprozessualer Prozeß überlasse zu vieles richterlicher Würdigung. Aber diese Kritik ist, wie Stürner<sup>55)</sup> bemerkt, unzutreffend. Die ZPO regelt zahlreiche innerprozessuale Prozesse (z.B. bei der Urkundenvorlage, der Beweissicherung etc.). Der Befürchtung der Prozeßverschleppung<sup>56)</sup> kann man folgendes entgegensetzen, dieses Minus wird ausgeglichen durch das Sinken des Berufungsprozentsatzes wegen umfassender Aufklärung in erster Instanz.

Vielmehr stellt sich betreffs der Folge (Sanktion) der Aufklärungspflichtverletzung die Frage, was eigentlich Objekt der Fiktion von der Wahrheit ist. Nach der Lehre Stürners ist die Folge der Aufklärungspflichtverletzung die Wahrheitsfiktion der „behaupteten Tatsachen“, soweit sie freier richterlicher Überzeugung nicht widerspricht. Dagegen verwendet die Rechtsprechung bei Beweisvereitelung die Formel von der Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr<sup>57)</sup>. Bei Nichtvorlegung od. Vereitelung des Urkundenbeweises, regeln §§ 427 und 444 ZPO als Sanktion, „...so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden<sup>58)</sup>“. Nach herrschender Meinung ist das Objekt der Wahrheitsfiktion nicht das Beweisthema an sich. Es bleibt also die Disharmonie insbesondere mit dem Gesetzeswortlaut in Betreff der Folge der Aufklärungspflichtverletzung<sup>59)</sup>.

## 7. Die Möglichkeit der Einführung der Aufklärungspflicht im japanischen Zivilprozeß

### (a) Analyse des gegenwärtigen japanischen Zustandes

Die japanische ZPO hat die beschränkte deutsche Urkundenvorlegungspflicht übernommen. Aber zunächst versuchte die Rechtsprechung, den Begriff „auf ein Rechtsverhältnis zwischen dem Beweisführer und dem Urkundenbesitzer bezogenen Urkunde“ (§ 312 Nr. 3, 2. Hbs. JZPO) extensiv auszulegen. Anschließend bemühte sich die Rechtsprechung aber auch, die Urkundenvorlegungspflicht dadurch zu erweitern, daß sie den Begriff „der Urkunde zugunsten des Beweisführers“ (§ 312 Nr. 3, 1. Hbs. JZPO) extensiv auslegte. Die Beurteilung, ob die Vorlegungspflicht besteht oder nicht, ist von der Interessenabwägung zwischen beiden Parteien abhängig.

Für den Zeugen wird die Pflicht zum Erscheinen und zur Aussage als allgemeine Pflicht ausdrücklich geregelt (§ 271 JZPO). Auch für den Augenschein wird durch Auslegung die Duldungspflicht als allgemeine Pflicht anerkannt.<sup>60)</sup>

Nach der japanischen ZPO ist es möglich, vor der Klagerhebung die Beweisaufnahme in der Form eines Beweissicherungsverfahrens einzuleiten<sup>61)</sup>. Allerdings setzt in diesem vorprozessualen Beweissicherungsverfahren § 343 JZPO für die Beweissicherung voraus, daß besondere Umstände die Benutzung von Beweismitteln erschweren könnten, wenn diese nicht im voraus erhoben werden. Der Antragsteller hat dies gemäß § 345 II JZPO glaubhaft zu machen.

In Japan wird die vorprozessuale Beweissicherung überwiegend in Arzthaftungsprozessen mit dem Ziel benutzt, ärztliche Dokumentation zu sichern<sup>62)</sup>. Die Notwendigkeit solcher Beweissicherung wird damit begründet, daß ansonsten diese Urkunden vernichtet, verfälscht oder versteckt werden könnten. An die Glaubhaftmachung dieser Umstände stellen die Gerichte regelmäßig nur sehr niedrige Erfordernisse<sup>63)</sup>. Im übrigen wird das Beweissicherungsverfahren auch im Bereich der Immaterialgüterrechte häufig benutzt. Es ist vorauszu-  
sehen, daß die vorprozessuale Beweissicherung in Zukunft eine  
ähnliche Funktion wie das „discovery“ im US-Prozeß haben wird.  
Aufgrund dieser Umstände stärkt sich mehr und mehr die Tendenz,  
die allgemeine Aufklärungspflicht der Parteien auch in der Lehre  
anzuerkennen.

(b) Einige Bemerkungen über die Aufklärungspflicht

(1) Über die Begründung der Aufklärungspflicht

In der Literatur ist folgendes Bedenken gegen Stürners Konzeption geltend gemacht worden. Die von Stürner herangezogene prozessualen Vorschriften der §§ 372a, 423, 656 ZPO wäre als Analogiebasis wohl zu schmal<sup>64)</sup> und die Wahrheitspflicht dürfte über die von Behauptungs- und Beweislast getragenen Grenz nicht hinausreichen<sup>65)</sup>. Mit einem Wort liegt der Kern dieser Kritik darin, daß wie man die Aufklärungspflicht übereinstimmig mit dem System der Beweisrisiko-verteilung des materiellen Rechts in dem Verfahren mit Verhandlungsmaxime begründen kann. In Betreff dieses Punktes meine ich folgendes.

Nach Stürner ist die Aufklärungspflicht theoretisch von dem System der Risikoverteilung durch die objektive Beweislast ganz zu trennen. Aber ich bin der Meinung, daß Aufklärungspflicht und Beweislast durch die Beweisführungslast (od. Verhaltenslast der Parteien im weiteren Sinne) miteinander verknüpft sind.

In einem Verfahren mit Verhandlungsmaxime, in dem die Sammlung des Streit- und Beweisstoffes den Parteien übertragen ist, beginnt die Wirkung der Beweislast, erst wo das Reich der Beweisführungslast der Parteien aufhört.

Inhalt und Umfang der Beweisführungslast werden nicht nur durch die Beweislast, sondern auch durch die Beweiswürdigung des Richters bestimmt. Die richterliche Beweiswürdigung ihrerseits beeinflusst die Beweisführung „beider Parteien“. Zur Vermeidung einer ungünstigen Beweiswürdigung haben beide Parteien—die beweisbelastete Partei wie auch ihr Gegner—den Beweis streitiger Tatsachen zu führen. Aber auch die Gegenbeweisführung kann bereits erforderlich werden, wenn der Hauptbeweis noch nicht geführt ist und sein Ergebnis noch offen bleibt.

Wenn die nicht beweisbelastete Partei den Beweis streitiger Tatsachen unschwer führen kann und diese Beweisführung nötig und zumutbar ist, dennoch diese Partei die sich daraus ergebende günstige Situation, daß den Gegner die Beweisführung unmöglich ist, ausnutzen, so müßte der Raum der Beweisführungslast dieser Partei noch bleiben. Deshalb muß sich der Richter die Beweislastentscheidung bis zum Aufklärungsbeitrag der nicht beweisbelasteten Partei vorbehalten. Wo die beweisbelastete Partei keine Möglichkeit zur Beweisführung hat und die Aufklärungsbeiträge nur der Gegenpartei möglich sind und ihr auch zugemutet werden können, fehlt



es an einer Aufklärungs „last“. Es bleibt nur die „Pflicht“ zur Aufklärung.

Auf diese Weise korrespondiert die Aufklärungspflicht mit der Beweislast durch die Beweisführungslast. Durch diesen Gedanken wird der Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und Verhandlungsmaxime aufgehoben.

## (2) Über einige Bedenken gegen die Aufklärungspflicht

Fraglich ist im Hinblick auf die oben erwähnte Begründung, ob die Aufklärungspflicht das System von der Feststellungslast und der sich daraus ergebenden Beweisführungslast aus den Angeln hebt oder nicht. Insbesondere Rosenberg/Schwab<sup>66)</sup> hat betont, „soweit eine Aufklärungspflicht angenommen wird, entfällt die subjektive Beweislast der beweisbelasteten Partei“. Daraus folgt die Befürchtung, daß die Abkehr von der Beweislast<sup>67)</sup> für die dann aufklärungspflichtige Partei Rechtsunsicherheit und Unvorhersehbarkeit im Hinblick auf die Prozeßführung mit sich bringt.

Aber die Aufklärungspflicht entfaltet sich nur im Rahmen der „Zumutbarkeit“ der Aufklärungsbeiträge und deren Wirkung unterwirft sich den oben genannten Voraussetzungen. Die nicht beweisbelastete Partei hat die Aufklärungspflicht nur dann zu tragen, wenn die beweisbelastete Partei, die keine Beweismöglichkeit hat, die Sachaufklärung des Gegners beantragt hat. Erst bei diesem Anlaß kann das Gericht die Aufklärungspflicht in Betracht ziehen. Bis dahin wird diese Pflicht außer Acht gelassen. Wenn auch eine Aufklärungspflicht angenommen würde, entfällt dennoch die Beweisführungslast der feststellungsbelasteten Partei nicht<sup>68)</sup>.

Weiterhin ist zu befürchten, daß eine Beweislastentscheidung überflüssig werde, wenn man eine Aufklärungspflicht annähme<sup>69)</sup>. Aber die Beweislastentscheidung muß nur ausgesprochen werden, wenn keine Beweismöglichkeit mehr besteht. Trotz Erschöpfung aller Aufklärungsmittel gelingt es dem Gericht nicht immer, eine non liquet-Situation zu vermeiden. Eben in diesem Falle müßte die Feststellungslast und die Beweislastentscheidung noch immer für bedürftig erachtet werden.

## (c) Schlußbemerkung

Im Gegensatz zum Deutschen Recht kennt unser japanisches Recht keine materiellrechtlichen Informationsansprüche. Gerade deshalb besteht meiner Meinung nach in der japanischen Zivilpraxis ein viel

stärkeres Bedürfnis für eine Aufklärungspflicht als in der deutschen. In der Rechtsprechung ist die Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei bei der Sachaufklärung tatsächlich in ziemlich weitem Umfang anerkannt worden. Die Rechtsgrundlagen für die Einführung der Aufklärungspflicht im japanischen Zivilprozeß sind in §§ 316, 317, 331 und 339 JZPO, die fast alle den von Stürner erwähnten Vorschriften der ZPO entsprechen, zu suchen.

Aber die folgenden Punkten dürfte nicht übersehen werden:

Die Erweiterung der Aufklärungspflicht führt zu einer Verschiebung im System der Beweisrisikoverteilung. Als natürliche Folge hiervon wird die Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit der Parteien bei der Prozeßführung verringert<sup>70)</sup>. Die Ausdehnung der Aufklärungspflicht birkt in sich die Gefahr des Mißbrauchs durch beweisbelastete Partei.

1. Die Voraussetzung der Aufklärungspflicht sind daher wie oben erwähnt genau zu bestimmen, um diesen Mißbrauch zu verhindern.
2. Die „Vorwirkung“ der Aufklärungspflicht muß einbeschränkt werden. Sie entfaltet sich nur im Rahmen der Vorhersehbarkeit und Zumutbarkeit.
3. Die ungünstige Fiktion als Folge der Aufklärungspflichtverletzung ist für die pflichtige Partei sehr hart. Bei der Auflegung dieser Sanktion hat der Richter auf den Grad der Vorwerfbarkeit der aufklärungsfeindlichen Handlung ausreichend Rücksicht zu nehmen. Es lohnt sich, Elastizierung der Sanktion (z.B. abgestufte Beweiserleichterung, bis hin zur Beweislastumkehr) erneut zu überlegen.

Wie aus den oben angeführten Ausführungen ersichtlich ergeben sich bei der Einführung einer Aufklärungspflicht mancherlei Probleme<sup>71)</sup>, aber Ziel der Rechtsentwicklung kraft Rechtsfortbildung muß sein, die Sachaufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß angemessen zu handhaben. Im Japan vergrößert sich die Möglichkeit der Einführung der Aufklärungspflicht. Also kann man die dogmatischen Konstruktion und Verarbeitung dieser Pflicht—natürlich auch Reform des Beweisrecht in Betreff dieses Punktes eingerechnet<sup>72)</sup>—nicht vermeiden.

## Fußnoten

1) Rosenberg, Die Beweislast, S. 98, 116

2) Rosenberg, a.a.O., S. 116.

- 3) Stürner, Parteipflicht bei der Sachaufklärung im Zivilprozeß, ZZZ 96 (1985), 238.
- 4) Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 92ff.; ders., Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozeß, NJW 1979, 1225; ders., ZZZ 98, 237.
- 5) Hanreijihō Nr. 942, 17; Hanreitaimuzu Nr. 297, 52. Auch Saikōsai, Urt. v. 16. 2. 1981 (Saikōsaibansho Minjihanreishū Bd. 35, 56) ist fast gleich diesem Fall.
- 6) Kōtōsaibansho Minjihanreishū Bd. 30, 176. Als gleiche Fälle in Umweltschutzprozeßen, Saikōsai, Beschl. v. 15. 11. 1979, ders., Beschl. v. 20. 5. 1985. (Beide Beschlüsse verneinen die Urkundenvorlegungspflicht und sind unveröffentlicht.)
- 7) Kakyūsaibansho Minjisaibanreishū Bd. 23, 130.
- 8) Einzige Ausnahme ist § 645 JBGB (=§ 666 BGB).
- 9) Vgl. Nakamura-Huber, Die japanische ZPO in deutscher Sprache (Japanisches Recht Bd. 4, Hg. Baumgärtel) S. 93.
- 10) Hg. Iwamatsu-Kaneko, Houritsujitsumukōza-Minjisoshōhō (1961), Bd. 4, S. 282; Kikui-Muramatsu, Minjisoshōhō, Bd. 2 (1964), S. 377; Hg. Saito, Chūkaiminjisoshōhō, Bd. 5 (1977), S. 192.
- 11) Zahl der Anträge auf Urkundenvorlegung bei LG (Hg. Saikōsaibansho Jimu-sōkyoku, Shihō-Toukei-Nenpō (Justiz-Statistik))

Jahr	Zivilsachen	Verwaltungssachen	Zahl der neu hängigen Zivilsachen bei LG
1970	564	4	105385
1975	968	28	93054
1980	1552	36	127774
1981	1614	43	113253
1982	1726	27	117280
1983	1695	43	99037

Aus dieser Statistik läßt sich schließen, daß auf die Urkundenvorlegung in Zukunft noch häufiger zurückgegriffen werden wird.

- 12) Takeshita-Nomura, Minjisoshō niokeru Bunshoteisyutsumerei, Hanreihyōron, Nr. 204, 116; Nr. 206, 116; Honma, Bunshoteishutsugimu, Gedächtnisschrift für Kitsukawa, Bd. 2, S. 191. usw.
- 13) Sumiyoshi, Bunshoteishutsugimu, Minshōhōzasshi, Bd. 74, 137.; Kojima, Gendaigatasoshō to Shōmeiken no Hoshō, Law School, Nr. 11, 4.; Kobayashi, Hanreihyōron, Nr. 265, 114 (usw.)
- 14) Sagami, Minjisoshō niokeru Mosakutekishōmei nitsuite, Minshōhōzasshi, Bd. 78, 200.; Ishida, Shōkohō no Saikousei (1980), S. 225ff.; Kobayashi, Minjisoshō niokeru Soshōshiryō-Shōkoshiryō no Shūshū, Hougakukyōkai-zasshi, Bd. 97, 1167.; Shindō, Soshōteikizen niokeru Karutetou no Etsuran-Tousha nitsuite, Hanreitaimuzu, Nr. 382, 10.; Kasuga, Shōmeibōgai

- omeguru Kinji no Dōkō, Hanreitaimuzu, Nr. 412, 9. Nr. 413, 17. Nr. 414, 23.; ders., Shōko no Shūshūkatei oyobi Teishutsukatei niokeru Tōjishakoui no Kiritsu, Minjisoshō-zasshi, Bd. 28, 60.
- 15) FN 3,4. Vgl. ferner F.v. Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß; A. Lüderitz, Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte; E. Peters, Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, ders., Beweisvereitung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZZ 82 (1969), 200.
  - 16) Seit 1975 bis heute ist die Diskussion um die Beweislast sowie die mit der Beweislast zusammenhängenden Fragen fortgesetzt worden.
  - 17) Kurata, Minshōhōzasshi, Bd. 83, 1060 betont, daß die Veränderung der Beweisführungslast durch die Aufklärungspflicht letztlich zu einer Verneinung der Beweislast führe und die Konzeption der Aufklärungspflicht mit der Verhandlungsmaxime im Widerspruch stünde, und daß die Aufklärungspflicht nicht mit den Vorschriften der ZPO übereinstimmt.  
Auch Ishikawa, Shōko nikansuru Tōjishaken, Kōza-Minjisoshō, Bd. 5, S. 1, 5ff. vertritt, daß die Einführung der Aufklärungspflicht in die Beweislast eingreife.  
Dagegen befürwortet Takeshita, Mosakutekishōmei to Bunshoteishutsu-meirei-ihan no Kōka, Gedächtnisschrift für Kitsukawa, Bd. 2, S. 163 punktuelle Analogien. Siehe. 3. (a) (3).
  - 18) FN 14.
  - 19) Vgl. Lent, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZZ 67 (1954), 344.
  - 20) Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl. 1981, § 114 I 1.; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 133ff., 139ff.; in Japan Nakano, Kashitsu no Suinin (1978), S. 96, 116, 119.; Shindo, Minjisoshōhō, 2. Aufl. (1982), S. 371.
  - 21) Musielak, a. a. O., S. 144.
  - 22) Habscheid, Das Recht auf Beweis, ZZZ 96 (1983), 327 darstellt, „...ist unabhängig von der Anerkennung einer allgemeinen Mitwirkungspflicht jedenfalls sichergestellt, daß es jeder Partei obliegt, bei Vermeidung eigener Nachteile grundsätzlich fördernd an der Beweisführung auch des Gegners mitzuwirken“.
  - 23) Stürner, a. a. O., S. 234ff., ZZZ 98, 243.; Vgl. auch Henckel, ZZZ 92 (1979), 105.
  - 24) Stürner, a. a. O., S. 92ff.
  - 25) Stürner, a. a. O., S. 106ff., ZZZ 98, 251.
  - 26) Stürner, a. a. O., S. 242ff., 249ff., ZZZ 98, 253.
  - 27) Takeshita, a. a. O., S. 163ff.; auch Nakano, Iryōkago-soshō nitsuite, Gettsukan Hōgakukyōshitsu Nr. 26, 6.
  - 28) Stürner, a. a. O., S. 86.
  - 29) Musielak, a. a. O., S. 140.
  - 30) Musielak, a. a. O., S. 139f.

- 31) Takeshita, a. a. O., S. 181 ; auch Nakano FN 27.
- 32) Kasuga, a. a. O., Minjisoshō-zasshi, Bd- 28, 73.
- 33) Stürner, a. a. O., S. 87.
- 34) Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 240. ; Arens, Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZJP 96 (1983), 16. ; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 137. ; Misielak-Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, 1984, S. 98. Das räumt Stürner selbst ein (S. 148f.).
- 35) Musielak, a. a. O., S. 139ff.
- 36) Kasuga, a. a. O., S. 71, 73.
- 37) Kasuga, a. a. O., S. 73.
- 38) Stürner, a. a. O., S. 159.
- 39) Vgl. Maurice Rosenberg, The End of the Era of Expansion of Pretrial Discovery in the United States, Minjisoshō-zasshi, Bd. 31, 1. ; Takahashi, Beikoku Discovery-hou Josetsu, Houkyō-Hyakunen-Ronshū, Bd. 3, S. 529ff.
- 40) Kasuga, a. a. O., S. 74.
- 41) Gottwald, Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozeß, BB 1979, 1782.
- 42) Stürner, a. a. O., S. 152ff.
- 43) Stein-Jonas-Schumann, ZPO, Einl. Rdnr. 240. ; Prütting, a. a. O., S. 138. ; Gottwald, ZJP 92 (1979), 364.
- 44) Arens, ZJP 96, 23. ; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, § 138 II. Rdnr. 22. („Ob eine Partei Ansprüche gegen die andere auf Erteilung von Auskünften, Rechnungslegung, Herausgabe von Unterlagen usw. hat, ist eine Frage des materiellen Rechts. .... Eine allgemeine Auskunftspflicht kennt das materielle Recht jedoch nicht, und es ist nicht Sache des Prozeßrechts, sie einzuführen. Vielmehr bauen die einschlägigen Vorschriften der ZPO auf den materiell-rechtlichen Pflichten der Parteien auf, ohne sie prinzipiell zu erweitern.“)
- 45) Stürner, ZJP 98, 245 (FN 31)
- 46) Stein-Jonas-Schuman, ZPO, Einl. Rdnr. 240.
- 47) FN 34.
- 48) Stürner, a. a. O., S. 146ff.
- 49) Kasuga, a. a. O., S. 89.
- 50) Henckel, ZJP 92, 105 betont diesen Punkt.
- 51) Rosenberg, Die Beweislast, S. 50. ; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, § 286 V 1 a) Rdnr. 26 schreibt nur auf, „Die Beweislast erstreckt sich nur auf Tatsachen,...“ Vgl. Hg. Nakano, Gendai, Minjisoshōhō Nyūmon, S. 213 (Watanabe).
- 52) Stürner, a. a. O., S. 246ff.
- 53) Stürner, a. a. O., S. 234ff.
- 54) Arens, ZJP 96, 16, 17.
- 55) Stürner, ZJP 98, 253.
- 56) Arens, ZJP 96, 17.

- 57) BGHZ 72, 132. Gegen Stürner, NJW 1979, 1224, 1230.; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, § 286 VII 3 Rdnr. 130.; Leipold, Beweismaß und Beweislast, 1985, S. 22ff.
- 58) Über Dokumentationspflicht hinsichtlich Arztbehandlungsverlaufs, Baumgärtel, Gedächtnisschrift für Bruns, 1980, S. 93, 102.; Baumgärtel/Bearbeiter, Beweislast, § 823 Rdn 51 bemerkt, „Entgegen der Auffassung des BGH lassen sich beweisrechtliche Rechtsfolgen nicht aus deren materiellrechtlichen Rechtsnatur entwickeln. Vielmehr sind beweisrechtliche Sanktion nur aus der prozessualen Pflicht im Sinne einer Obliegenheit des Arztes, als beklagte Partei an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, herzuleiten“.
- 59) Takeshita, a. a. O., S. 180ff., ders., Hanreitaumuzu, Nr. 411, 267.; Kasuga, a. a. O., S. 86f.
- 60) Kaneko, Minjisoshōhō-Taikai (1969), Rdnr. 319.; Mikazuki, Minjisoshōhō (1979), S. 478.
- 61) Hg. Saitō, Chūkai Minjisoshōhō (5), S. 320. etc. Baumbach/Lauterbach, ZPO, 40. Aufl. 1 vor § 485, etc. Vgl. auch Habscheid, Das Recht auf Beweis, ZJP 96, 328.
- 62) Ootake, Teiso zen no Shōkohozen Jittsushijō no Shomondai, Hanreitaumuzu, Nr. 361, 74.; Shindō, a. a. O., Hanreitaumuzu, Nr. 382, 10.; Kojima, Shōkohozen no Saikōsei, Jiyūtoseigi, Bd. 29, H. 4, S. 28.; Takami, Shōkohozen no Kinō, Kōza Minjisoshō, Bd. 5. 321. Vgl. FN 58.
- 63) Shindo, Hanreitaumuzu, Nr. 382, 24.
- 64) Prütting, a. a. O., S. 138.; Arens, ZJP 96, 13.
- 65) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, § 138 II 1. Rdnr. 22.; Zöller-Stephan, ZPO, 14. Aufl. § 138 II. Rdnr. 8.; Prütting, a. a. O., S. 138.

Im Anschluß an diese Kritik, stellt Stein-Jonas-Leipold dar, „Daß im Zivilprozeß die Wahrheitsermittlung wesentliche Bedeutung hat, erlaubt nicht den Schluß, die Parteien seien generell zu dem Verhalten verpflichtet, das am besten der Wahrheitsfindung diene. Denn die Feststellung der Wahrheits ist kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck der Rechtsschutzgewährung durch ein möglichst gerechtes Urteil. Weder die Aufgabe der Wahrheitsfindung noch auch das Rechtsstaatsprinzip hindern den Gesetzgeber daran, den Zivilprozeß der Verhandlungsmaxime zu unterstellen und es in erster Linie den Parteien zu überlassen, die notwendigen Tatsachenbehauptungen aufzustellen und die Beweismittel zu benennen. Darauf beruht auch die Regelung der Behauptungs- und Beweislast im Zivilprozeß“.

- 66) Rosenberg/Schwab, ZPO, § 119 VI 3.; Prütting, a. a. O., S. 137.; Ähnlich Arens, ZJP 96, 18.
- 67) Dazu ergibt sich folgende Frage im Anschluß an das Verhältnis der Behauptungslast zur Beweislast. D.i. Rosenberg betont, daß der Gegenstand und der Umfang sowohl der Behauptungslast wie der Beweislast übereinstimmen müssen (Die Beweislast, S. 49). Wenn man die Einfüh-

rung der Aufklärungspflicht anerkenne, ergäbe sich meiner Meinung nach die folgende Situation, daß in keiner Beziehung auf die Beweislast auch die nicht beweisbelastete Partei die konkreten Tatsachen vorbringen muß. Also die Umfang sowohl der Behauptungslast wie der Beweislast nicht übereinstimmt. Darin liegt meines Erachtens das zukünftige Problem der Lehre von der Aufklärungspflicht.

- 68) Stürner, ZZP 98, 256.
- 69) Rosenberg/Schwab, ZPO, § 119 VI 3.
- 70) Über die Beweislast betont Leipold die Bedürfnisse der Vorausschbarkeit und Rechtssicherheit („Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß“, passim.).
- 71) Außerdem etwa der Inhalt der Aufklärungspflicht, die Beschränkung dieser Pflicht (z.B. Verweigerungspflicht) und das Verhältnis von Richtermacht und Parteirechten sind problematisch.
- 72) Vgl. Bundesministerium der Justiz, Bericht der Kommission für das Zivilprozeß, 1977, Stürner, a. a. O., S. 381ff.